

# VU Research Portal

## Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer. Dos ejemplos de la tradición romanística

Hallebeek, J.

### ***published in***

Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo  
2013

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Hallebeek, J. (2013). Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer. Dos ejemplos de la tradición romanística. *Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo*, 10 (2013), 216-225.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)



**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Editorial Board**

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor  
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor  
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary  
José Franco Chasán, University of Valencia, Website Editor  
Anna Aitslin, Australian National University – University of Canberra  
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU  
Matthew Mirow, Florida International University  
Andrew Simpson, University of Aberdeen

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Texas at Austin; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelson, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

**Citation**

Jan Hallebeek, "Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer. Dos ejemplos de la tradición romanística", *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 10 (2013), pp. 215-225 (available at <http://www.glossae.eu>)

## CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER DOS EJEMPLOS DE LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA

### ENFORCED PERFORMANCE OF OBLIGATIONS TO DO SOMETHING TWO EXAMPLES FROM THE CIVILIAN TRADITION

Jan Hallebeek  
Universidad Libre Amsterdam

#### Resumen

Las obligaciones de hacer (*obligationes faciendi*) ocupan dentro del Derecho romano un lugar distinto. A causa de D. 3.3.45pr, D. 42.1.13.1 y D. 45.1.59, se supone que según el Derecho justinianeo el deudor refractario no puede ser forzado a cumplir efectivamente una prestación, consistiendo en una acción distinta (*nemo potest precise cogi ad factum*). La regla se manifiesta sobre todo en el Derecho procesual y ejecutivo. A pesar de esto, la tradición romanística muestra casos excepcionales, en cuales el acreedor es capaz de exigir una obligación de hacer. Esta contribución aborda dos ejemplos. En el siglo XIII en Bolonia se puede encadenar a su escritorio al copista refractario, que se había obligado de escribir por su propia mano, hasta que el trabajo estuviera enteramente completado. En el Derecho romano–holandés de los siglos XVII y XVIII el tribunal podía declarar casado el novio refractario (cumplimiento de noviazgos) ¿Qué consideración podía justificar en estos casos una tal violación de la integridad física o psíquica del deudor?

#### Abstract

Within Roman law, obligations to do something (*obligationes faciendi*) occupy a distinct position. On the basis of D. 3.3.45pr, D. 42.1.13.1 and D. 45.1.59 it is assumed that according to Justinianic law, an unwilling debtor cannot be compelled to perform actually something which exists in a certain act (*nemo potest precise cogi ad factum*). The rule displays itself particularly in procedural and execution law. In spite of this, the civilian tradition shows exceptional cases in which the creditor is capable of enforcing the actual performance of an obligation to do something. This contribution discusses two examples. In the thirteenth-century Bologna, an unwilling scribe who had personally committed himself to copy a text could be chained until the work was entirely finished. In the Roman–Dutch law of the seventeenth and eighteenth centuries, the court could declare an unwilling fiancé to be married (enforcement of betrothals). What considerations could in these cases justify such a violation of the debtor's physical or psychic integrity?

#### Palabras clave

Obligaciones de hacer –*obligationes faciendi*–, *nemo potest precise cogi ad factum*, copista, novio

#### Keywords

Obligations to do something –*obligationes faciendi*–, *nemo potest precise cogi ad factum*, scribe, fiancé

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Medios coactivos indirectos para exigir el cumplimiento de las obligaciones de hacer. 3. Un díptico histórico y comparado: forzar directamente obligaciones de hacer. 3.1 El copista. 3.2 El novio. 4. Conclusiones. Apéndice bibliográfico

## 1. Introducción

Respecto a la cuestión de si el acreedor es capaz de hacer cumplir una obligación, o si tiene que contentarse con el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento, existen diferencias esenciales entre la tradición jurídica continental y la tradición del *common*

*law*<sup>1</sup>. En términos generales, se puede decir que, en la tradición continental, exigir el cumplimiento efectivo suele ser generalmente el recurso primero contra los deudores que incumplen sus obligaciones, mientras que, en el sistema anglosajón, suele exigirse en primer lugar el resarcimiento de los daños. Conviene añadir, sin embargo, que conforme a la *equity* (equidad), el cumplimiento efectivo también reviste interés, y el tribunal está facultado para conceder al demandante una acción de cumplimiento efectivo de la obligación.

Esto no significa, que en la tradición continental el cumplimiento efectivo sea el recurso apropiado para todos los casos. El presente estudio, publicado en este homenaje a Antonio Pérez Martín, trata, en este contexto, de una categoría bastante problemática, esto es, la del cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer un acto distinto. Se trata de un acto que el deudor debe llevar a cabo, distinto al de la transmisión de posesión. Según el *Corpus iuris civilis*, la mencionada transmisión es una obligación del vendedor. Este acto, que requiere solamente un instante breve, puede ser forzoso por imperio legal, requiriendo una violación efímera de su integridad física. En muchas jurisdicciones la situación es distinta hoy en día. Podría darse el caso, por ejemplo, de que el vendedor estuviera obligado a transmitir la propiedad y no únicamente la posesión. Además, dicha transmisión de la propiedad podría exigir la colaboración del vendedor con ciertas formalidades exigidas legalmente. La mayoría de otros tipos de actos, distintos a la transmisión de la posesión, implica una actitud activa del deudor, cuya exigencia forzosa resultaría más difícil que la de la transferencia de la posesión: trabajo, servicios, construcciones, actos jurídicos, etc. En todos estos casos, la tradición romanística habla del *mere factum*, un acto mero, en los cuales apenas resulta imaginable el que al final, esto es, cuando el deudor se obstina, se pueda forzar el acto sin violación de la integridad física o psíquica del deudor. En estos casos, el cumplimiento forzoso no sólo encontraría todo tipo de dificultades prácticas, sino que también atentaría contra el principio de que la libertad humana es un derecho inalienable. ¿Qué debería prevalecer? ¿La fidelidad a la palabra dada, o la libertad humana?

La tesis que da prioridad a la libertad humana no surgió en el Siglo de las Luces, o en el contexto de los derechos fundamentales del constitucionalismo decimonónico, pues ya la encontramos en la doctrina jurídica medieval. Es cierto que no se aplicó en todos los casos, como en el supuesto de la pena de prisión por deudas, pero logró evitar, el que algunos juristas justificasen el efectivo cumplimiento de obligaciones de hacer. Según el parecer del jurista italiano Dino del Mugello (1253–1298), que enseñó en Pistoia, el cumplimiento forzoso de una obligación de hacer implicaría un acto de esclavitud injustificable, encontrando en el Digesto un argumento que venía a fundamentar su opinión: negar a una persona partir del lugar donde está resulta equivalente a la situación de un esclavo (D. 43.29.1–2)<sup>2</sup>. Bártolo de Sassoferrato (1314–1357) desarrolló una regla general para todas las obligaciones contractuales de mero hacer, según la cual éstas no pueden ser forzosas *in specie*, sino que el deudor, ofreciendo una indemnización pecuniaria, pudiera quedar liberado. Se entendía, pues, que además de la obligación de hacer, surgía una segunda obligación

<sup>1</sup> Esta contribución contiene una adaptación en Español de un artículo publicado anteriormente como Hallebeek, J., “Direct enforcement of obligations to do. Two local manifestations of the *ius commune*”, Gubbels, M. y Jansen, C.J.H., (ed.), *Regio* [Rechtshistorische Reeks van het Gerard Noodt-Instituut, 53], Nijmegen, 2010, pp. 33–44.

<sup>2</sup> Al respecto, véase Repgen, T., *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft* [Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, NF 73], Paderborn etc., 1994, pp. 160–162.

consistente en resarcir los daños ocasionados<sup>3</sup>. Fue el jurista y juez francés Antoine Favre (1557–1624), que por primera vez expresó esta regla como el siguiente adagio: nadie puede ser forzado a hacer un acto específico (*nemo precise ad factum cogi potest*)<sup>4</sup>.

## 2. Medios coactivos indirectos para exigir el cumplimiento de las obligaciones de hacer

¿Qué sentido práctico tuvo el mencionado adagio durante la Edad Moderna, tras la recepción de Derecho romano? Casi jamás quedó consagrado en un precepto de Derecho material. Sin duda alguna el acreedor tenía derecho al cumplimiento del acto por parte del deudor. Como en la doctrina de Bártolo, tan sólo se reconoció la regla principal según la cual el deudor no podía ser condenado a llevar a cabo un acto específico, restringiendo en consecuencia, la aplicación del adagio al ámbito procesal. Sin embargo, en ocasiones el adagio parecía tener efecto exclusivamente ejecutivo. Aunque el tribunal estaba facultado para condenar al deudor a hacer in *specie* el acto que debía al acreedor, cuando el deudor persistía tenazmente en su incumplimiento, no se podía en tal caso ejecutar la sentencia.

Es indudable que en la Edad Moderna se aplicaron toda clase de medios coactivos con el fin de transformar la disposición psíquica del deudor, de suerte que finalmente optaba por cumplir voluntariamente el acto debido. Forzar el cumplimiento directamente (*praecise cogi*) no estuvo permitido, pero sí el forzarlo indirectamente (*civiliter cogi*)<sup>5</sup>. Muchos de estos medios fueron creados en un campo ajeno al del cumplimiento de las obligaciones de hacer. La prisión por deudas, por ejemplo, tenía sus orígenes en el encarcelamiento por deudas pecuniarias del Derecho romano (C. 4.10.12), en forzar indirectamente a un clérigo a aceptar un cargo eclesiástico en el Derecho canónico (D.74 c.3), así como en el *otage* (Francia) o el *Leisten* (territorios alemanes) del Derecho indígena. Aunque la *Reichspolizeiordnung* de 1577 (título 17, § 10) prohibió la prisión por deudas, ésta se convirtió en práctica habitual en la provincia de Holanda.<sup>6</sup> Inicialmente quizás sirviera tan sólo para forzar el pago de la deuda pecuniaria y del contrato de compraventa, pero algunos autores del siglo XVII como Simon Groenewegen van der Made (1613–1652) y Simon van Leeuwen (1627–1682) ya admitieron que la prisión por deudas pudiera ser aplicada en general, incluyendo su aplicación como medida encaminada a forzar indirectamente el acto específico que el deudor tenía que cumplir<sup>7</sup>.

Otro medio indirectamente coactivo consistía en imponer multas pecuniarias. Éstas se originaron también del Derecho romano, esto es, del *iusiurandum in litem* (D. 12.3.5 y

<sup>3</sup> Dondorp, H., “Precise cogi. Enforcing specific performance in medieval legal scholarship”, en: Hallebeek, J. y Dondorp, H. (ed.), *The Right to Specific Performance. The Historical Development* [Ius Commune Europaeum, 82], Amberes etc., 2010, pp. 21–56, esp. pp. 50–52.

<sup>4</sup> Faber, A., *Rationalia in Pandectas*, Vol. II, Lión, 1659, a D. 8.5.6.2, p. 248: “Nemo ad factum precise cogi potest, quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest.”

<sup>5</sup> Huber, U., (1636–1694) usó estos términos en sus *Praelectionum juris civilis tomus tres* (III. 16, nu. 6). Vid. también Nehlsen–von Stryk, K., “Grenzen des Rechtszwangs: zur Geschichte der Naturalvollstreckung”, *Archiv für die civilistische Praxis* 193 (1993), pp. 529–554, esp. pp. 547–548.

<sup>6</sup> Vid. *Ampliatie van de Instructie van den Hove van Holland* art. 14 (el 21 de diciembre de 1579, Cau GPB II, 770), *Ordonnantie van de Justitie in den steden en ten platte lande van Holland* art. 31 (el primero de abril de 1580, Cau GPB II, 702–703) y *Instructie van de Hoge Raad* art. 275 (el 31 de mayo de 1582, Cau GPB II, pp. 833–834).

<sup>7</sup> Sin embargo, en la codificación decimonónica se redujo el uso de la prisión por deudas a un número limitado de casos.

D. 19.2.48.1) que el juez generalmente pronunciaba en una sentencia interlocutoria (*pronuntiatio*). Lo hacía cuando la exigencia, una *actio arbitraria*, se fundaba en derechos de propiedad, en un contrato de buena fe, o estuviera orientada a la exhibición de una cosa<sup>8</sup>. Según la ordenanza procesal de la Cámara de la Corte Imperial (*Reichskammergericht*) de 1555, el juzgado podía imponer una multa para forzar una sentencia a cumplir un acto distinto<sup>9</sup>. Prisión por deudas y multas pecuniarias fueron quizá los medios más importantes para forzar indirectamente una sentencia condenatoria, pero existían otros medios, como el de alojar soldados o empleados judiciales en la casa del deudor, o el de tomar prendas.

### 3. Un díptico histórico y comparado: forzar directamente obligaciones de hacer

Más complicado resulta, sin embargo, forzar directamente un mero acto de hacer, máxime cuando tal coacción forzosa resulta inconcebible sin una violación considerable de la libertad del deudor, violando su integridad física o psíquica. Se podría esgrimir el argumento de que en la tradición jurídica continental se acepta el uso de fuerza (*manus militaris*) para forzar derechos de propiedad y contratos de compraventa, pero conviene advertir que en estos casos este forzar requiere tan sólo el ejercicio de la fuerza durante un único momento para lograr el objeto deseado, mientras que, por el contrario, forzar, por ejemplo, un contrato de trabajo de un empleado refractario, no es posible sin un ejercicio continuado de la fuerza. Además, forzar derechos de propiedad y contratos de compraventa tan sólo requiere que el demandado permita la intervención, no su colaboración activa, aspecto –este último– necesariamente requerido en todas obligaciones en las cuales el deudor tiene que cumplir un acto distinto.

No obstante, en la tradición jurídica continental se encuentran casos distintos en los cuales forzar directamente un acto está justificado. Describimos a continuación dos de ellos al plantearnos la existencia de una posible justificación a una tal violación de la integridad física o psíquica del deudor. Además, cabe preguntarse si estos casos son ejemplos de una categoría más extensa de obligaciones de hacer en las cuales el uso de coerción esté justificado o, en cambio, deben ser considerados como soluciones atípicas destinadas a un número limitado de casos atípicos, constituyendo excepciones a la regla general contraria.

#### 3.1 El copista

El primer caso concierne a una situación en el que se forzó físicamente el cumplimiento del deudor. El glosador Odofredo († 1265) la anotó. En sus lecciones sobre el Código describió los resultados de una investigación por los ‘doctores viejos’ de Bolonia, los cuales se habían reunido en la Iglesia de San Pedro para oír y debatir el caso de un contrato de trabajo entre un doctor y un copista<sup>10</sup>. El copista se había obligado a trabajar durante un año entero y a cumplir su quehacer personalmente, es decir, con su puño y letra. Según la regla

<sup>8</sup> Vid. Lange, H., *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie* [Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 2], Münster-Colonia, 1955, pp. 83–84.

<sup>9</sup> Reichskammergerichtsordnung 3. XLVIII *Von execution und volnziehung der urtheyl*, Laufs, A. (ed.), *Die Reichskammergerichtsordnung von 1555* [Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 3], Colonia etc., 1976, pp. 264 ss. Las multas que conocemos hoy en día, es decir, las penas pecuniarias obligadas al acreedor, cuya cantidad dineraria se incrementa diariamente en caso de incumplimiento, se originaron del *astreinte* de la jurisprudencia francesa del siglo XIX.

<sup>10</sup> Las palabras ‘doctores viejos’ pueden referirse a generaciones anteriores de doctores boloñeses, probablemente de inicios del siglo XIII.

general, recogida en D. 42.1.13.1, D. 3.3.45pr y D. 45.1.59, ninguno puede ser forzado a cumplir un acto *in specie*, pero en este caso especial se decidió dejar de lado la regla. El copista no puede liberarse de la obligación contraída pagando los daños o encargando el trabajo a un tercero que le sustituya. La razón estriba en que otro copista no tiene la misma escritura. Odofredo expresó la decisión de los ‘doctores viejos’, apoyando tal razonamiento, pero sin mencionar el compromiso específico y explícito de cumplir el trabajo con su puño y letra. Se limitó tan sólo a señalar que no se puede encontrar a otra persona para terminar el trabajo sin que se perciba la diferencia de escritura. En otros contratos no importaría el que otro artesano terminara el encargo, pero no en éste. En efecto, no es posible discernir el trabajo de un albañil o de otro, pero no sucede lo mismo con respecto al de un copista.

En este caso la mencionada regla general (*nemo precise ad factum cogi potest*) debiera abandonarse y el copista podría ser puesto en grilletes (*compedes*)<sup>11</sup>. Cabría preguntarse si la aplicación de un medio tal se asemeja al del encarcelamiento como medio aplicado ante el impago de deudas pecuniarias. Sin embargo, el texto no habla de encarcelamiento ni emplea expresión similar alguna. Es más probable que se encadenara al copista a su escritorio para forzarle a terminar el encargo. Otras fuentes medievales confirman que poner en grillos a copistas refractarios en la casa de sus maestros hasta que terminaran su trabajo no cayó en desuso. Según el *Speculum iudiciale* de Guillermo Durando (ca. 1230–1296), se aceptaba esta medida como un medio habitual en caso de que las partes hubieran convenido en que el copista se quedaría en la casa del maestro hasta que terminara su encargo<sup>12</sup>. Un cartulario del siglo XIV, el *Codex Dunensis*, contiene un documento reproduciendo el contrato entre un copista inglés, establecido en Orleáns, y un fraile llamado Leonis (posiblemente un tal *Jean le Lion*, hacia 1268). El copista se había encargado de copiar el aparato de Inocencio (ca. 1195–1254) a las Decretales y no aceptar otro encargo hasta terminar el que se había comprometido. Además, aceptó convenir en que, si no cumplía su obligación, sufriría detención en la casa de su maestro, siendo puesto en grillos y detenido hasta que el trabajo quedara completamente terminado<sup>13</sup>. Aunque este contrato contiene cláusulas específicas que ordinariamente no suelen recogerse en los escritos académicos, muestra que la aplicación de grillos no cayó en desuso como medida para forzar directamente la obligación contraída por los copistas refractarios. Guillermo de Cunh († 1335), Profesor de Derecho civil en Tolosa de Francia, enseñó en términos generales que, cuando el deudor tuviera que cumplir un obra, requiriendo su esfuerzo personal, no podía liberarse por medio de una cesión de sus bienes, pudiendo ser puesto en grillos hasta que terminara su trabajo<sup>14</sup>.

A diferencia de la prisión por deudas, con esta medida no se pretendía cambiar la voluntad del deudor, de modo que cumpliera el trabajo voluntariamente, sino que se ejercitaba una presión física para forzar directamente el cumplimiento del acto. No se ponía al copista en libertad para que cumpliera su obligación, sino todo lo contrario: para ser liberado, el copista

<sup>11</sup> A 4.65.22, vid. Odofredo, *Lectura super Codice* I, Lión, 1552 (reed. fototípica Bolonia, 1968), fol. 259ra–b.

<sup>12</sup> Vid. Durando, G., *Speculum iudiciale*, Basilea, 1574 (reed. fototípica Aalen, 1975), Lib. II, partic. II, De renunciatione et conclusion, n. 29 (Tom. I, 760): “In scriptoribus autem ualere potest, si conueniant, ut debeant in certo loco stare, uel scribere, quo casu etiam in compedibus poterunt retineri. Et idem in obsidibus, ut extra de iureiur. Ex rescripto (X 2.24.9), propter consuetudinem generalem secundum Vber[tum de Bobbio]”. Frank Soetermeer discutió estos ejemplos más ampliamente en un artículo, cuyo título (¿encarcelamiento!) sugiere que pudiera tratarse de un tipo de prisión por deudas. Vid. Soetermeer, F.P.W., “La carcerazione del copista”, *Rivista internazionale di diritto comune* 6 (1995), pp. 153–189, esp. pp. 180–181.

<sup>13</sup> Kervyn de Lettenhove, J.B.M.C. (ed.), *Codex Dunensis sive Diplomatum et chartarum Medii Aevi amplissima collectio*, Bruselas, 1875, nr. 133 (p. 216).

<sup>14</sup> Cunh, G. de, *Lectura Codicis*, Lión, 1513 (reed. fototípica Bolonia, 1968), a C. 7.71 (fol. 93ra): “Item dico quod debet poni iste in compedibus donec factum quod promisit compleuerit”.

tenía primero que terminar el trabajo. Por eso se trata de un cumplimiento directamente forzado de una obligación de hacer por medio de una violación de la integridad física del deudor.

También en sus lecciones sobre el Digesto, Odofredo se refirió a la decisión de los ‘doctores viejos’, la cual fue ‘tomada por unanimidad’. Según él, se podría poner al copista refractario en grilletes si se hubiera comprometido a realizar una obra que fuera continuamente uniforme e igual al principio (*opus continue, ut incepit*), y de hacer el trabajo con su puño y letra. Además, recalcó que la decisión solamente podía aplicarse a copistas y no a otros artesanos<sup>15</sup>. No aclarando, pues, si la promesa de hacer el trabajo con propio puño y letra constituye un requisito necesario para abandonar la regla general, sí afirma que, mediando tal promesa, resultaría justificable adoptar la medida consistente en encadenar al copista a su escritorio<sup>16</sup>.

Mientras Odofredo veía justificable el forzar al copista a completar el trabajo al que se había obligado por el mero hecho de que ninguna escritura es la misma y no cabía que un copista pudiera ser reemplazado por otro, juristas posteriores buscaron una justificación basada en el interés público. Así puede apreciarse en la glosa *siue* a D. 39.1.21.4, que es probablemente una añadidura ulterior a la Glosa Ordinaria<sup>17</sup>. Se mencionan ahí dos razones que justificarían un cumplimiento forzado, a saber, el interés público de los estudios de Derecho (que no debían ser perturbados), y el edicto del magistrado (que no debiera ser despreciado)<sup>18</sup>. En esta línea, Guillermo de Cunh sostenía que cuando alguien tuviera que copiar un libro, el interés público estaba en juego<sup>19</sup>. Este planteamiento terminó siendo la opinión mayoritaria hasta que algunos comentaristas influyentes como Baldo de Ubaldo (1327–1400), siguiendo a Dino del Mugello, salieron en defensa de la libertad humana como el criterio fundamental.

### 3.2 El novio

El segundo ejemplo procede del Derecho romano–holandés de los siglos XVII y XVIII. Esta vez la obligación resulta del noviazgo, obligando al novio a contraer matrimonio con su novia. En los Países Bajos protestantes, el matrimonio dejó de considerarse ya como un sacramento y las autoridades seculares exigieron un poder supremo en las cuestiones matrimoniales. A pesar de esto, el legado del Derecho canónico medieval estuvo claramente presente. Éste resulta patente en las referencias al las fuentes canónicas anteriores a la reforma y a autores de los Países Bajos meridionales, en los cuales todavía se aplicaba el Derecho canónico. Sin embargo, el título del *Liber Extra* relativo al noviazgo y al matrimonio (*De sponsalibus et matrimonio*) contenía una antinomia. Mientras la decretal *Ex litteris* (X 4.1.10) parece exigir indirectamente un noviazgo, las decretales *Praeterea* (X 4.1.2) y *Requisiuit* (X

<sup>15</sup> A D. 39.1.21.4, vid. Odofredo, *Lectura super Digesto novo*, Lión, 1552 (reed. fototípica Bolonia, 1968), fol. 11rb–11va.

<sup>16</sup> A D. 42.1.13.1, vid. Odofredo, *Lectura super Digesto novo*, fol. 78vb.

<sup>17</sup> Según Frank Soetermeer fue escrita por Cervotto (ca. 1240–1287), hijo de Acursio. Vid. Soetermeer, “La carcerazione del copista”, pp. 174–175.

<sup>18</sup> La glosa *siue* a D. 39.1.21.4: Ex hac littera collige argumentum, quod scriptor potest cogi precise ad scribendum et poni in compedibus, uel teneretur ad interesse, si hoc placet scholari, arg. quod met. cau. Si cum excep. § Perinde (D. 4.2.14.9 i.f.) et ita concordant omnes doctores Bononie residentes. Et est ratio, ne turbetur publica utilitas, id est studium, et hic ne contemnatur edictum praetoris.

<sup>19</sup> Cunh, *Lectura Codicis*, a C. 7.71 (fol. 93ra): “quando quis debet facere librum, tractatur de utilitate publica”.



4.1.17) parecen disponer lo contrario. Al interpretar estos textos, los juristas del siglo XVI defendieron soluciones divergentes. Nicolas Everaerts (1462–1532), ocupando la Presidencia de la Corte de Holanda, había defendido, en uno de sus *consilia*, la opinión establecida, esto es, que aún cuando no se hubiera ratificado el noviazgo con juramento, podía presionarse al novio –con penas eclesiásticas (*censura*)– a cumplir las formalidades matrimoniales, a menos que hubiera razones de peso que aconsejaran no hacerlo. Al fundamentar esta opinión se remitió a Hostiensis (Enrique de Susa, † 1271) y al Abad Panormitano (Nicolás de Tudeschis, 1386–1445). No consideró la decretal *Requisiuit* como un argumento contrario, porque –a su juicio– se aplicaba exclusivamente a situaciones en donde existía una razón de peso que aconsejaba no usar medios coactivos. Aunque todo matrimonio requería el consentimiento libre de ambas partes, este requisito se descartaba sólo la coacción externa (*extrinsecus*) y no coacción interna (*intrinsecus*)<sup>20</sup>.

En ocasiones se puso en duda la opinión mayoritaria. En Castilla, Diego de Covarrubias y Leyva (1512–1577) y Domingo de Soto (1494–1560) sostenían que debía reprenderse al novio refractario, pero no aplicar penas eclesiásticas, porque para ser válido todo matrimonio necesitaba del asentimiento libre de ambos cónyuges<sup>21</sup>. El jesuita Tomás Sánchez (1550–1610) presentó una interpretación que también trataba de reconciliar la antinomia entre X 4.1.10 y X 4.1.17. Según él, tan sólo se puede forzar un novio refractario al matrimonio cuando éste no pudiera causar mal y escándalos graves (*gravia mala et scandala*), como la existencia de continuas disputas y riñas entre los cónyuges o en el supuesto de que el esposo abandonara a su esposa. En consecuencia, se podría forzar el cumplimiento a no ser que existiera una razón bien fundada para no hacerlo<sup>22</sup>. Paul van Christynen (1553–1631) siguió esta opinión en su descripción de la jurisprudencia del Parlamento de Malinas (1626)<sup>23</sup>.

Antonio Pérez (1583–1672), docente en Lovania, comparó el noviazgo con otros contratos. El forzar el cumplimiento del acuerdo con remedios jurídicos se justificaba, a su juicio, por razón del daño causado. No es posible retirarse de un noviazgo sin perjuicio serio de la novia y de su familia. De ahí el sentido del adagio, según el cual nadie puede cambiar su intención en perjuicio de otro (*mutare consilium quis non potest in alterius detrimentum*, VI 5.13.33)<sup>24</sup>.

Los juristas romano–holandeses se adhirieron a la interpretación mayoritaria, a saber, que debiera compelerse al cumplimiento de los noviazgos. Simon Groenewegen van der Made, secretario del municipio de Delft, señalaba –en su tratado concerniente a las disposiciones romanas derogadas– que la regla recogida en C. 5.1.1, según la cual un noviazgo no es vinculante y puede ser renunciado, ya no estaba en vigor. Quizá –sigue este autor– los romanos habían observado esta regla por haber recogido también la posibilidad de divorciarse. Sin embargo, en la época de Groenewegen el matrimonio no era rescindible y, por eso, los noviazgos debían ser vinculantes, aunque ello implicase que el novio tuviera que

<sup>20</sup> Everardus, N., *Consilia sive responsa*, Arnhem, 1642, consilium 178, n. 7 (p. 645).

<sup>21</sup> Vid. para una reseña de los diversos argumentos: Ioannes Gutierrez, *De iuramento confirmatorio et aliis in iure variis resolutionibus*, Amberes, 1618, Pars I, cap. 51, n. 4, pp. 171–172.

<sup>22</sup> Sánchez, T., *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres*, Amberes, 1607, Liber I, disp. 29, n. 4, Vol. I, pp. 67–68.

<sup>23</sup> Christinaeus, P., *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* Vol. II y III, Amberes, 1626, Vol. III, decis. 124, n. 44 (p. 567).

<sup>24</sup> Pérez, A., *Praelectiones in duodecim libros codicis Justiniani*, Tomus I, Amberes–Amsterdam, 1645, a C. 5.1, n. 11, p. 352.

contraer matrimonio contra su voluntad. Se ponía, pues, el noviazgo al nivel de los contratos de buena fe, los cuales no pueden ser rescindidos a voluntad de una de las partes<sup>25</sup>.

Hasta ese momento se mencionaban únicamente medios indirectos para forzar el cumplimiento del noviazgo. Los canonistas solían mencionar penas eclesiásticas, Groenewegen hablaba de encarcelamiento. Sin embargo, el jurista Jacob Voorda (1698–1768), catedrático de Utrecht, analizando esta materia en la práctica jurídica del siglo XVIII, señaló que el tribunal gozaba tanto de la facultad de declarar el contrato de matrimonio como de llevar a cabo el contrato de matrimonio por uno de sus empleados, representando al novio refractario<sup>26</sup>. Esto llevó consigo el que, con el tiempo, llegara a admitirse el uso de la coacción directa para forzar el cumplimiento del noviazgo, existiendo dos premisas que lo hacían posible. La primera era que el novio ya no tenía que estar presente físicamente para contraer el matrimonio. Según el parecer del jurista romano–holandés Simon van Leeuwen, se podía contraer un matrimonio por medio de carta o representante con arreglo al Derecho romano, canónico e indígena. Un mensajero, por ejemplo, que hubiera recibido este concreto encargo, podía cumplir las formalidades matrimoniales con su presencia en la iglesia, en el juzgado o ante un oficial de la Compañía de las Indias Orientales (VOC)<sup>27</sup>. La segunda premisa, defendida por el jurista protestante Benedikt Carpzov (1595–1666), consistía en que el consentimiento podía fundarse en la autoridad del tribunal. En este sentido, una sentencia judicial podía llegar a suplir el acuerdo que faltaba entre los novios. Conviene observar, sin embargo, que Carpzov se refería a la falta de consentimiento de los padres al matrimonio de sus hijos, y no sobre un novio refractario. Para forzar el cumplimiento del último, Carpzov tan sólo hizo alusión a la reprimenda, prisión por deudas y a la adjudicación de los bienes del novio refractario a su novia<sup>28</sup>.

La competencia del juez o tribunal a declarar casadas las partes litigantes fue objeto de un estudio exhaustivo en una monografía relativa al Derecho matrimonial, escrita en Ámsterdam alrededor de 1655. Su autor fue Hendrik o Henricus Brouwer (1625–1683). Su exposición empieza con una cita del filósofo estoico Epíteto (ca. 50–ca. 120 AD), según la cual nadie puede sustraer la voluntad de otra persona y, en consecuencia, ningún matrimonio puede ser contraído sin el consentimiento libre de ambas partes. A continuación trata, sin embargo, de los medios coactivos. Señala, en primer lugar, la existencia de dos medios indirectamente coactivos: la prisión por deudas y la adjudicación de los bienes del novio a su novia, de suerte que éstos pudieran sustentarle conforme al nivel de vida y dignidad del demandado condenado (refiriéndose a D. 37.9.1.19). Si aun así el novio siguiera negándose a contraer matrimonio, podía aplicarse la coacción inmediata. En ese caso, el juez gozaba de la facultad de declarar casados a la novia demandante y su novio demandado, presente o ausente, y, cuando tuvieran descendientes, los hijos resultaban legitimados<sup>29</sup>. El uso de tales medidas drásticas se justificó señalándose que al igual que no es valorable económicamente el cuerpo de una persona libre, lo mismo sucedía con la esperanza en un matrimonio feliz y

<sup>25</sup> Groenewegen, S., *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* III (ed. Beinart y Hewett), Johannesburgo, 1984, a C. 5.1.1.1, p. 233.

<sup>26</sup> Voorda, J., *Dictata ad ius hodiernum* I–II (ed. Hewett, M.L.), Amsterdam, 2005, a D. 23.1, pp. 850–852. Algo así no se aceptó en el Derecho de Güeldres. Vid. Schrassert, J., *Practicae observationes*, Pars I, Harderwijk, 1736, Observatio 229, pp. 355–356.

<sup>27</sup> van Leeuwen, S., *Censura Forensis*, Leiden, 1662, Lib. I, cap. 14, n. 8, p. 80: “Et meo tempore in Societatis Indiae Orientalis ministro, cui hic per procuratorem uxor, eique maritus absens matrimonio juncti fuere, factitatum et admissum memini.”

<sup>28</sup> Carpzov, B., *Opus definitionum ecclesiasticum seu consistorialium*, Leipzig, 1685, Lib. II, Tit. III, definit. 53, n. 14–15, p. 81, Tit. VIII, definit. 135, n. 12, p. 205, y definit. 136, n. 2–12, pp. 207–208.

<sup>29</sup> Brouwer, H., *De iure connubiorum libri duo*, Delft, 1714, Lib. I, cap. 24, n. 23, p. 255.

armónico, resultando muy fácil llevar a cabo un voto matrimonial<sup>30</sup>. El mismo planteamiento aparece recogido en el comentario sobre el Digesto del catedrático de Utrecht Johannes Voet (1647–1713). El tribunal, advirtiendo la tardanza y vacilación del novio, estaba facultado para poner a éste en prisión. Además, el tribunal podía, si lo estimaba oportuno, declarar casado al novio refractario, u ordenar que un empleado del órgano jurisdiccional (*apparitor*), en su representación, contrajera matrimonio. Voet se adhirió también a las opiniones de Brouwer, al señalar que un decreto judicial podía reemplazar el consentimiento del deudor y que la naturaleza del noviazgo no permitía ser valorado económicamente<sup>31</sup>.

Como enseñó Voorda en sus clases sobre el Derecho contemporáneo, ésta fue la práctica establecida en Holanda durante el siglo XVIII. Aun así, esta práctica estaba condenada a desaparecer cuando, en el siglo XIX, el Derecho de familia holandés adoptó con el Código civil francés un Derecho matrimonial enteramente secularizado, perdiendo el matrimonio su carácter sacro e indisoluble. Al mismo tiempo, declarar casada a una persona en contra de su voluntad se consideró inadmisibile.

#### 4. Conclusiones

Resumiendo, hemos visto dos ejemplos de medios coactivos directos para forzar un acto distinto del deudor. Encadenar al copista a su escritorio hasta que terminara su trabajo implicaba una violación de la integridad física del deudor. Declarar casado al novio refractario implicaba una violación de la integridad psíquica del deudor, ejecutándose el acto de su parte en contra de su voluntad. Ambos medios fueron admitidos durante una etapa distinta en la evolución de la tradición jurídica continental, pero como excepciones a la regla general contraria, según la cual nadie puede ser forzado a hacer un acto específico. Además, en ambos casos existía una justificación atípica. Se justificaba el encadenar al copista por el interés público, que debe prevalecer. Se justificaba declarar casado el novio por el carácter sagrado e irrevocable del matrimonio, así como por su misma naturaleza, la cual impedía valorar económicamente el perjuicio causado a la parte perjudicada. De la misma manera que estas medidas surgieron, con el tiempo también desaparecieron. En ambos casos fue la concienciación de la libertad humana y el reconocimiento de los derechos constitucionales (s. XIX), lo que prevaleció frente a la obligación de cumplir las promesas.

En la evolución del Derecho de obligaciones en la tradición jurídica continental apenas existen ejemplos de medios coactivos directos encaminados al cumplimiento de un acto distinto por el deudor. Podemos encontrar uno de ellos en el siglo XIX. En efecto, un medio coactivo directo que implicase una violación de la integridad física del deudor puede encontrarse en el Derecho mercantil de algunas jurisdicciones: marineros enrolados pueden ser llevados a bordo por el brazo de la ley (o por el *Seemannsamt*)<sup>32</sup>. Otro medio coactivo directo que implicase una violación de la integridad psíquica del deudor puede encontrarse en los contratos forzosos de venta de propiedades inmobiliarias. La colaboración del deudor al otorgar ante notario una escritura de transmisión era reemplazada, en este caso, por una

---

<sup>30</sup> Brouwer, *De iure connubiorum libri duo*, Lib. I, cap. 24, n. 22, pp. 254–255: “Jam autem non recipit aestimationem liberum corpus, nec felix concorsque speratum matrimonium nummis aestimari potest: at in matrimonio corpora simulque et animi traduntur et praestatio nuptiarum promissarum, modo uelit sponsor, facilis est”.

<sup>31</sup> Voet, J., *Commentarius ad pandectas*, Pars II, La Haya, 1704, a D. 23.1 n. 12, pp. 6–7.

<sup>32</sup> Vid. el *Wetboek van Koophandel* neerlandés de 1838, art. 402 (viejo), y la *Seemannsordnung* alemán de 1872, § 29.

sentencia judicial, haciendo caso omiso de la resistencia del vendedor<sup>33</sup>. Ambos preceptos desaparecieron también debido a la progresiva concienciación de los derechos constitucionales. Cabe concluir señalando que el conflicto existente entre la fidelidad a la palabra dada y la libertad humana –por lo menos, con respecto a las obligaciones de hacer un acto positivo– se resolvió a favor del último, admitiéndose tan solo algunas excepciones puntuales para las que se dispusieron soluciones atípicas para casos atípicos.<sup>34</sup>

Espero que estas reflexiones sirvan para el homenaje al profesor Antonio Pérez Martín, a quien estoy agradecido y admiro por su vasto conocimiento de la historia del Derecho medieval español, así como por generosa disposición a hacer partícipes de este saber a quienes hemos recurrido a él en algunas ocasiones.

## Apéndice bibliográfico

- Hallebeek, J. y Dondorp, H. (ed.), *The Right to Specific Performance. The Historical Development* [Ius Commune Europaeum, 82], Amberes etc., 2010.
- Hallebeek, J., “Direct enforcement of obligations to do. Two local manifestations of the ius commune”, en: Gubbels, M. y Jansen, C.J.H., (ed.), *Regio* [Rechtshistorische Reeks van het Gerard Noodt-Instituut, 53], Nijmegen, 2010, pp. 33–44.
- Lange, H., *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie* [Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 2], Münster-Colonia, 1955.
- Nehlsen-von Stryk, K., “Grenzen des Rechtszwangs: zur Geschichte der Naturalvollstreckung”, *Archiv für die civilistische Praxis* 193 (1993), pp. 529–554.
- Oosterhuis, J., *Specific performance in German, French and Dutch law in the nineteenth century. Remedies in an age of fundamental rights and industrialisation* [Legal History Library, 4; Studies in the History of Private Law, 2], Leiden, 2011.
- Reppen, T., *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft* [Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, NF 73], Paderborn etc., 1994.
- Soetermeer, F.P.W., “La carcerazione del copista”, *Rivista internazionale di diritto comune* 6 (1995), pp. 153–189.

---

<sup>33</sup> Tan sólo en una ocasión una corte neerlandesa decidió que una autorización judicial podía ocupar el puesto de una escritura de transmisión, esto es, en una sentencia del tribunal del distrito judicial de Rotterdam, de 1896 (W. 6862). Esta sentencia fue anulada tanto en apelación (W. 7076) como en casación (W. 7302).

<sup>34</sup> Agradezco a mi colega Aniceto Masferrer (Valencia) la revisión idiomática de este artículo.